

על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר)

מאת

אלון הראל*

בפסק דין חשוב פסל בית המשפט העליון את החוק שאפשר הקמת בית סוהר פרטי. לדעת בית המשפט העברת סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מאמר זה מגן על מסקנת פסק הדין.

שלוש מסקנות מרכזיות נובעות מהערך בדבר כבוד האדם: ראשית, אורח פרטי חייב לשקול באופן עצמאי את צדקת העונש שהטילה המדינה ואין הוא רשאי לאמץ באופן אוטומטי את הכרעת המדינה. שנית, עובד ציבור חייב לאמץ באופן עיוור את הכרעת המדינה ולפעול לפיה (כל עוד זו נופלת בגבולות הסבירים של התפקיד הציבורי שהוא ממלא). שלישית, עונש פלילי חייב להיות מבוצע על ידי עובד ציבור, משום שהעונש חייב לבטא את השיפוט של המדינה ואסור לו להיות תלוי בשיפוט המוסרי של אורח פרטי אחר. כבודו של העבריין מחייב שעונשו יושת עליו על ידי המדינה בעקבות הפעלת רצון שיש לייחס למדינה ולא לפרט אחר. השיפוט המוסרי של האזרח המעניש איננו חלק מן המרקם הפוליטי. מכאן, שהעונש שהאחריות בגינו מוטלת (גם) על כתפי הפרט המעניש ולא אך ורק על כתפי המדינה הוא בסופו של יום עונש פרטי, ובמילים אחרות: פשע נגד העבריין. רק ענישה על ידי המדינה (היכולה להיות ממומשת אך ורק על ידי עובד הציבור) היא לפיכך לגיטימית בחברה ליברלית.

א. מבוא. ב. בחינה ביקורתית של פסק הדין. ג. מדוע בכל זאת ולמרות הכול צדק בית המשפט?

א. מבוא

באחד מפסקי הדין החשובים ביותר שניתנו אי פעם בישראל, פסל בית המשפט העליון את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28),¹ שקבע כי במדינת ישראל יוקם לראשונה

* אלון הראל, הקתדרה על שם פיליפ ואסטל מיוזק, האוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה לאורן בלומנפלד על עזרתו במחקר שקדם לכתיבת מאמר זה. טיוטה של מאמר זה הוצגה בסדנה של קבוצת המחקר בנושא פשע ומשפט פלילי באוניברסיטה העברית בירושלים. אני מודה למארגנת הסדנה ד"ר ענת הורוביץ ולמשתתפי הסדנה על הערותיהם.

בית סוהר (אחד) שיופעל וינוהל על ידי תאגיד פרטי ולא על ידי המדינה.² ברוב גדול (שמונה שופטים) נקבע כי העברת סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק פוגעת בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפסיקה זו יש פוטנציאל להשלכות רחבות בתחומים רבים אחרים שוודאי ייבחנו בשנים הקרובות. כידוע, תהליכי ההפרטה בישראל העבירו לידיים פרטיות שורה ארוכה של תפקידים שבעבר נתפסו כתפקידים ציבוריים מובהקים. אלה כוללים למשל את התכנית להפריט את מקרקעי ישראל,³ את מערכת האכיפה של חובות בהוצאה לפועל⁴ ואת תכנית ויסקונסין, שהעבירה לידיים פרטיות את ההכשרה של מובטלים והטילה על מובטלים המסרבים להשתתף בתכנית סנקציות שהפעלתן מותנית בשיקול הדעת של עובדי חברה פרטית.⁵ עמדתו של בית המשפט פותחת פתח לבחינה חוקתית מחודשת של ההפרטה של שירותים ציבוריים רבים.⁶

מאמר זה מגן על המסקנה של פסק הדין, שלפיה העברת הסמכויות המעוגנות בתיקון מס' 28 פוגעת פגיעה אנושה בכבוד האדם. הטיעון המרכזי במאמר עניינו מוסר פוליטי המבוסס על כבוד האדם. בהינתן שכבוד האדם זכה למעמד חוקתי בישראל, נראה כי למסקנות אלה יש גם תוקף משפטי.

על פי הטיעון במאמר, שלוש מסקנות מרכזיות נובעות מהערך בדבר כבוד האדם: לפי הראשונה, אזור פרטי חייב לשקול באופן עצמאי את צדקת העונש שהטילה המדינה, ואין הוא רשאי לאמץ באופן אוטומטי את הכרעת המדינה או לפעול לפיה אלא אם כן הוא בוחן את צדקתה. זאת, משום שכבוד האדם של האזרח מבוסס על כבוד

- 1 התשס"ד-2004, ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 28).
- 2 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: פרשת חטיבת זכויות האדם).
- 3 הרפורמה שקודמה תחילה כחלק מחוק ההסדרים סוקרה רבות בתקשורת וביקורת רבה נמתחה עליה. ראו ס' 69-102 להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, ה"ח הממשלה 348 (להלן: הצעת חוק ההתייעלות הכלכלית).
- 4 כצעד ראשון בדרך להפרטה של שירות ההוצאה לפועל פרסמה רשות האכיפה והגבייה במשרד המשפטים את המכרז להפעלת מוקד שירות וגבייה מס' 12/09 (2009) www.pirsum.gov.il/nr/exeres/E6DEAA22-F9BA-4945-9EF5-BDA86E533DC0.htm.
- 5 תכנית מהל"ב (תכנית ויסקונסין) החלה לפעול כתכנית ניסיונית בשנת 2005 בכמה מקומות בארץ. לאחר מכן שונה שמה ל"תכנית אורות לתעסוקה". בשנת 2008 החליטה הממשלה להרחיב את התכנית בהתאם להמלצה של שלוש ועדות שמונו עם הקמת התכנית במיוחד לצורך בחינה של התכנית ושל השלכותיה. התיקון שירחיב את התכנית לכל הארץ הוצע גם כחלק מחוק ההסדרים בס' 109-112 להצעת חוק ההתייעלות הכלכלית.
- 6 דעת המיעוט של השופט לוי מעלה עוד שורה של דוגמאות להפרטה של סמכויות גרעיניות, בהן הפרטה של ניהול עבודות השירות, הסמכות להשתמש בבתי חולים פרטיים כדי לאשפז בכפייה חולי נפש ועוד (פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 2, בפס' 9 לפסק דינו של השופט לוי).

לאוטונומיה המוסרית שלו. לפי המסקנה השנייה, לעומת האזרח הפרטי, עובד ציבור חייב לאמץ באופן עיוור את הכרעת המדינה ולפעול לפיה (כל עוד זו נופלת בגבולות הסבירים של התפקיד הציבורי שהוא ממלא). זאת, משום שעובד ציבור בחר לאמץ את תכליות המדינה ובכך בחר גם לפעול בהתאם להכרעותיה. בחירה זו היא בחירה ראויה ויש לתת לה תוקף. כבודו של עובד הציבור מחייב מתן תוקף לבחירה אוטונומית זו של עובד הציבור. לפי המסקנה השלישית, עונש פלילי חייב להיות מבוצע על ידי פועל (agent) מן הסוג השני, משום שהעונש חייב לבטא את השיפוט של המדינה ואסור לו להיות תלוי בשיפוט המוסרי של אזרח פרטי אחר. כבודו של העבריין מחייב שעונשו יושת עליו על ידי המדינה בעקבות הפעלת רצון שיש לייחס למדינה ולא לפרט אחר. במילים אחרות, רק הפעלת סנקציה על ידי עובד ציבור (ולא על ידי אזרח פרטי) יכולה להיות מיוחסת למדינה.

אם כן, כבוד האדם הוא הערך המרכזי בניתוח המוצע. הוא מסביר הן את החובה של האזרח לבצע שיפוט מוסריים עצמאיים, הן את החובה של עובד הציבור לפעול באופן עיוור (במסגרת שתוגדר להלן) כדי לממש את מטרות המדינה והן את האיסור על האזרח להשית עונש על אזרח אחר. כבודו של האזרח דורש מן המדינה לכבד את השיפוט המוסרי של האזרח ולא להטיל עליו חובות לענוש אדם אחר כשחובות אלה מתנגשות עם השיפוט המוסרי שלו. החובה של עובד הציבור לפעול באופן עיוור נובעת מן הכבוד שאנו רוחשים לעובד הציבור שבחר לפעול למען מימוש האינטרסים של המדינה. האיסור על האזרח (במובחן מעובד הציבור) להטיל עונש (גם כשטיב העונש וחומרתו נקבעים על ידי המדינה) נובע מן הכבוד האנושי של העבריין. העבריין זכאי שהעונש שיוטל עליו יהיה עונש שאותו יש לייחס לשיפוט (או לרצון) של המדינה ולא לשיפוט של אזרח אחר.

הפרק השני במאמר יבחן באופן ביקורתי את פסק הדין. בחרתי לבחון את שתי העמדות המרכזיות – עמדתה של השופטת פרוקצ'יה ועמדתה של הנשיאה ביניש. הפרק השלישי יציע הצעה אלטרנטיבית להצדקת המסקנה של פסק הדין, שלפיה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו מתיישב עם תיקון מס' 28. מסקנה זו, יש לקוות, תביא למחשבה מחודשת בדבר מקצת מיוזמות ההפרטה של שירותים ציבוריים בסיסיים.

ב. בחינה ביקורתית של פסק הדין

שתי עמדות מרכזיות מופיעות בפסק הדין: האחת – ההתנגדות הפרגמטית – מיוצגת באופן מובהק בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, והאחרת – ההתנגדות העקרונית – מיוצגת בפסק דינה של הנשיאה ביניש. ההתנגדות הפרגמטית מבוססת על ההשערה שיש חשש ממשי שבתי הסוהר הפרטיים עתידים לפגוע בזכויות האסירים. העמדה העקרונית

מבוססת על דחיית ההפרטה ככזו, ללא קשר להשלכותיה על תנאי המאסר ועל המידה שבה בתי הסוהר הפרטיים מגינים על האסירים. בפרק זה אטען כי בחינה יסודית של העמדה הפרגמטית של השופטת פרוקצ'יה חושפת טענות עקרוניות ולא רק פרגמטיות נגד ההפרטה; כמו כן אראה כי ניתן למצוא הדים לטענות דומות גם בפסק דינה של השופטת ארבל. לאחר מכן אבקר את הטענות העקרוניות המוצעים בפסק הדין של הנשיאה ביניש. אף אני סבור שיש טענות עקרוניות המבוססים על כבוד האדם נגד ההפרטה, אך לדעתי הנשיאה ביניש לא זיהתה אותם נכונה. לאמתו של דבר, כפי שאראה בפרק השלישי למאמר, בחינה פילוסופית זהירה מאששת דווקא את העמדה של השופטת פרוקצ'יה ואת זו של השופטת ארבל.

לדברי השופטת פרוקצ'יה:

האיזון והריסון בשימוש בכח האכיפה בכל שלבי ההליך הפלילי, לצורך הגנה על זכויות האדם, אינם מובטחים בידי גורם שאינו נמנה על האורגנים של המדינה. ההגנה על מגבלות הכח אינה מובטחת באותן ערכות בסיסיות שנועדו להרתיע מפני חריגה בהפעלת הסמכות השלטונית, ומפני שימוש לרעה בה: הגורם הפרטי, המקבל לידי סמכות שלטונית הטומנת בחובה פוטנציאל פגיעה בליבת זכויות הפרט, אינו נטוע במסגרת כללי-הפעולה ואמות-המידה המכתיבים את כללי השימוש בכח-המרות הממסדי, ומנחים את פעולת האורגנים של המדינה. הוא לא צמח ולא חונך במסגרת זו, הוא זר למושגיה, ולא הפנים מעולם את תורת האיזונים בשימוש בכח השלטוני, על מכלול גווניה והיבטיה [...]. תורת האיזונים החוקתית, המכוונת את אופן השימוש בכח-המרות השלטוני בכל שלב בהליך הפלילי, איננה חלק מהווייתו של הגורם הפרטי, בהפעילו כח זה.⁷

נראה לכאורה כי עמדתה של השופטת פרוקצ'יה מבוססת על הנחות אמפיריות. לדעתה, הגורם הפרטי לא מפנים דיו את "כללי-הפעולה ואמות-המידה המכתיבים את כללי השימוש בכח-המרות הממסדי".

בהתבוננות ראשונית טענה זו לא נראית משכנעת. תשובה אפשרית אחת של המדינה לטיעון אמפירי זה נראית לכאורה סבירה: הפיקוח על בית הסוהר הפרטי יוודא שהטיפול באסיר ייעשה באופן שיבטיח כי הגורם הפרטי המקבל לידי סמכות שלטונית יפעל במסגרת כללי הפעולה ואמות המידה הנדרשות.⁸ מובן שתשובה זו מעלה את השאלה אם הפיקוח הוא אפקטיבי אם לאו. יש הגורסים כי מורכבות התפקיד של החזקת אסירים

7 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 2, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

8 אכן זו אחת הטענות המרכזיות שהעלתה המדינה. ראו שם, בפס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

אינה מאפשרת פיקוח אפקטיבי.⁹ שאלה זו היא שאלה אמפירית. לא ברור שדווקא השופטת יכולה להשיב עליה וייתכן כי בנסיבות אלה עליה לסמוך על הרשות המבצעת. לפיכך נראה לי כי מאחורי הטיעון הפרגמטי של השופטת פרוקצ'יה מסתתר טיעון עקרוני ולא פרגמטי או אמפירי. תשובתה (המשכנעת לטעמי) של השופטת פרוקצ'יה מסתתרת בפסקה הבאה:

הזכיין הפרטי מונחה על ידי שיקולי כדאיות חיצוניים, המכתימים מעצם טיבם את שיקול-הדעת הענייני שיש להפעיל לצורך השימוש בכח בהתאם לתורת האיוונים. ניהול בית סוהר בידי זכיין פרטי, הכרוך בהפעלת כח-מרות על אסירים, עלול להיות מונע משיקולים זרים, ובהם שיקולי יעילות כלכלית ורווחיות, שלצורך הגשמתם קיבל על עצמו את התפקיד.¹⁰

באופן דומה קבעה השופטת ארבל:

זאת ועוד. העברת סמכות הענישה מן המדינה, לגורם שתכליתו המרכזית, מעצם הגדרתו, בהשאת רווחיו, פותחת פתח לשילובם של שיקולים זרים ובלתי רלוונטיים במערך השיקולים שנשקל על-ידי הגורם בעל הסמכות, שאינם עולים בקנה אחד עם הצורך להבטיח את זכויות האסירים ואת רווחתם. ניגוד עניינים זה, אין זה הכרחי כי יתממש בפועל או כי יבוא לידי ביטוי מעשי [...] די בהימצאות הסמכויות שעל הפרק, הכוללות מרכיבים פוגעניים, בידיו של גורם פרטי, שההצדקה לבחירה בו ומניעיו טמונים בהבאת הכנסותיו למקסימום והוצאותיו למינימום, כדי לצבוע בצבעים אסורים פעולות שברגיל מותרות הן, כדי לפגוע בכבוד האדם של האסירים ולהוסיף על הפגיעה בחירותם הנובעת מעצם המאסר.¹¹

לדעתה של השופטת פרוקצ'יה "שיקולי כדאיות חיצוניים" מכתימים "מעצם טיבם" את שיקול הדעת הענייני; לדעתה של השופטת ארבל "די בהימצאות הסמכויות [...] הכוללות מרכיבים פוגעניים, בידיו של גורם פרטי [...] כדי לצבוע בצבעים אסורים פעולות שברגיל מותרות הן". דרך אחת לפרש עמדה זו היא להבחין בין שתי עמדות שונות ביחס לזכויות האסירים. על פי העמדה האחת, האסירים זכאים לטובין ולשירותים מסוימים: אוכל בעל איכות מסוימת, ביגוד בעל איכות מסוימת, שירותי חינוך ותרבות בעלי איכות מסוימת וכו'. השאלה אם ניתן לפקח על מרכיבים אלה כשהאחריות

9 ראו, לדוגמה, Sharon Dolovich, *State Punishment and Private Prisons*, 55 DUKE L. J. 437, (2005) 441.

10 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 2, בפס' 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

11 שם, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל.

לאספקתם נתונה בידי גורמים פרטיים היא שאלה אמפירית והתשובה עליה צריכה להינתן, ככל הנראה, על ידי אנשי מקצוע ולא על ידי שופטים. אולם בדברים אלה השופטות פרוקצ'יה וארבל גורסות כי חלק מזכויות האסירים נפגעות לא בשל אופי (או איכות) הטובין או השירותים שהם מקבלים, אלא בשל הטעמים שבגינם פועל היזם. מכאן נובע כי ייתכן שאפילו הטובין או השירותים הניתנים על ידי בית הסוהר הפרטי זהים לגמרי לאלו של בית הסוהר הציבורי (או אולי אפילו טובים מהם), בית הסוהר הפרטי פוגע בזכויות האסירים ואילו בית הסוהר הציבורי לא פוגע בזכויות אלה (באשר הטעמים שבגינם פועל בית הסוהר הפרטי שונים מאלו שבגינם פועל בית הסוהר הציבורי). עמדה זו מתיישבת עם פסיקה רבה בתחום המשפט המנהלי, שהרי לעתים קרובות חוקיות החלטותיה של הרשות המבצעת תלויה בטעמים להחלטות ולא רק בתוכנן.¹²

האם לא ניתן לפתור בעיה זו באמצעות פיקוח על הטעמים המניעים את היזם הפרטי – פיקוח שיבטיח כי טעמים אלה הם ראויים? כדי להשיב על שאלה זו חשבו על שאלה פרוזאית הנוגעת להחלטה אחת מני רבות – ההחלטה איזה קפה יש לספק לאסירים אחרי מנוחת הצהריים. הניחו לרגע כי הן היזם והן בית הסוהר הציבורי מחויבים לספק קפה באיכות מסוימת (קפה עלית); הניחו לרגע כי הן היזם והן בית הסוהר הפרטי מגישים אותו קפה העומד בדרישות המינימום ואולי אף עולה עליהן. מובן שיש גם קפה משובח יותר ויקר יותר (כמו קפה לוואצה), שהן מנהלי בית הסוהר הציבורי והן מנהלי בית הסוהר הפרטי החליטו לא להשתמש בו. לכאורה נראה כי אין פסול בבחירה של יזמי בית הסוהר הפרטי להגיש קפה עלית, שהרי הוא עומד – כך אנו מניחים – בדרישות המינימום; יתר על כן: על פי הנחותינו, גם יזמי בית הסוהר הציבורי השתמשו בקפה עלית. כיצד ייתכן כי בחירה בקפה שהיא לגיטימית בבית סוהר ציבורי תהיה לא לגיטימית בבית סוהר פרטי?

כפי שראינו, תשובתן של השופטת פרוקצ'יה והשופטת ארבל מבוססת על העמדה שלפיה הטעמים להחלטה יכולים להשפיע חוקיותה. השאלה אם בחירה בקפה באיכות כלשהי היא ראויה תלויה לא רק בשאלה אם הקפה עומד בסטנדרט מינימלי כלשהו. היא

12 זהו כלל יסוד של המשפט המנהלי הישראלי. ראו, למשל, ד"ר 16/61 רשם החברות נ' מנצור תופיק כרדוש, פ"ד טז 1209 (1962). בעמ' 1216 לפסק הדין קבע השופט זוסמן: "שיקול-דעת תמיד צמוד למילוי התפקיד שהוטל על המינהל [...] בדרך כלל יש והמטרה שלמענה הוענק שיקול-דעת ניתנת לבירור, והרשות רשאית להשתמש בשיקול-דעתה כשהיא נושאת עינה לקראת השגת אותה מטרה, אבל לא למטרות אחרות שהן 'זרות' לענין [...] השימוש למטרה פלונית בשיקול-דעת שניתן לרשות בענין אלמוני ולמטרה אלמונית – שימוש לרעה הוא [...] זה הוא המקרה בו עושה הרשות מעשה שהיא רשאית לעשותו ולכאורה הכל שפיר, אלא רק למראית עין הדבר כך, לאמיתו של דבר – משנתגלע מניעה אמיתית – פסול הוא, על שום שלא נעשה לקידום המטרה שלמענה הוסמכה הרשות להשתמש בשיקול-דעת".

תלויה גם בטעמים שבגינם הוחלט להגיש קפה מסוים ולא אחר. ההחלטה להגיש קפה באיכות מסוימת יכולה להיות כשרה ובלתי כשרה – הכול בגין הטעמים שהוליוכו לקבלתה. פיקוח אמנם יכול להבטיח כי הקפה שיוגש בבית הסוהר יהיה בעל איכות מינימלית ראויה, אך לדעתן של השופטות פרוקצ'יה וארבל אין הוא יכול להבטיח כי הטעמים לבחירתו יהיו ראויים.

האם יש סיבה עקרונית להאמין כי פיקוח לא יכול להבטיח שהטעמים לבחירת סוג הקפה יהיו ראויים? פרשנות אפשרית לעמדתן של השופטות פרוקצ'יה וארבל היא שבית הסוהר הפרטי לא יכול – גם אם היה חפץ בכך – לפעול מטעמים ראויים בלי לאבד את אופיו כבית סוהר פרטי. תמיכה לטענה זו נמצאת באמירה של השופטת פרוקצ'יה לפיה הטעמים שעל פיהם היזם פועל מכתימים "מעצם טיבם" את ההחלטה. במילים אחרות, הטעמים המנחים את פעולתו של בית הסוהר הפרטי הם בהכרח פסולים. האם ניתן להגן על טענה זו?

הניחו לרגע כי הן בית הסוהר הציבורי והן בית הסוהר הפרטי החליטו להגיש קפה עלית מטעמים מונוטריים. אף שרווחתם של האסירים נפגעת מכך שאין הם מקבלים קפה לוואצה, החליטו הן ראשי בית הסוהר הציבורי והן ראשי בית הסוהר הפרטי להגיש קפה עלית פשוט משום שהוא זול יותר. האם אפשר לומר כי מכיוון שבשני המקרים הטעם להחלטה הוא כספי אין פסול בהחלטת בית הסוהר הפרטי – שהרי לא רק שהוא סיפק קפה לזה לזה שמספק בית הסוהר הציבורי, אלא הוא גם פעל מאותו טעם?

התשובה היא שלילית. אמנם בשני המקרים הטעם להחלטה הוא כספי, אלא שבמקרה אחד מדובר בכספי הציבור ואילו במקרה השני מדובר בכסף פרטי. בית הסוהר הציבורי פועל מתוך טעמים המעוגנים ברווחת הציבור. החלטתו מבטאת את השיפוט שלפיו החיסכון המושג בעקבות שימוש בקפה עלית (ולא בקפה לוואצה) מקדם את האינטרס הציבורי ומאפשר למדינה לקדם את הרווחה החברתית. החלטה דומה של בית הסוהר הפרטי – שאף היא מבוססת על שיקולים כספיים – איננה מקדמת את הרווחה החברתית אלא את הרווחה הפרטית של היזם. פשיטא, שאיסור על היזם להחליט החלטות הנוגעות לטיפול באסיר מטעמי רווח אינו מתיישב עם העברת בית הכלא לידיים פרטיות. יזם הפועל מטעמים של טובת הציבור איננו יזם אלא עובד ציבור.

דיון זה מבהיר שפיקוח על בית הסוהר הפרטי אינו יכול להבטיח שהטעמים שבגינם יפעל יהיו זהים לטעמים שבגינם פועל בית הסוהר הציבורי. פיקוח יכול, כמובן, להבטיח כי בית הסוהר הפרטי יקיים דרישות סף שביטוחו קיום סביר לאסירים ואולי אפילו קיום טוב יותר מזה שהיה מתאפשר בבית הסוהר הציבורי. אולם, אם הכבוד כלפי האסירים מחייב לא רק טיפול המקיים דרישות סף כלשהן (כגון אספקת קפה באיכות שהיא לפחות כאיכות של קפה עלית) אלא גם טיפול הנשען על טעמים ראויים (טובת הציבור), פיקוח אינו אפקטיבי ואינו אפשרי. כל עוד היזם פועל ומתנהג כיוזם – דהיינו: כגוף המונע, ולו חלקית, על ידי שיקולי רווח פרטי, ולא רווחה חברתית – החלטותיו נוגעות בשיקולים

שעל פי הצעתי לפרשנות עמדתן של השופטות פרוקצ'יה וארבל הם שיקולים זרים. אפילו הבחירה בקפה עלית ולא בקפה לוואצה, המונעת על ידי שיקולים מוניטריים, עשויה להיות לגיטימית בבית סוהר ציבורי (שכן מדובר בכספי ציבור) אך לא בבית סוהר פרטי (שכן מדובר ברווח פרטי). ההתנגדות של כלכלנים ואחרים לטיעון זה מבוססת על ההנחה הסמויה (השגויה לטעמי) שלפיה כבודו של האסיר מותנה אך ורק בהתממשות של תנאי סף סבירים ואנושיים ולא בשאלה אילו טעמים מסתירים מאחורי ההחלטות בעניין ניהול בית הסוהר והטיפול באסירים.

ודוק: אינני טוען בשלב זה כי טענתן של השופטות פרוקצ'יה וארבל היא מבוססת ומצדיקה את החלטתן; תכליתן של הערות אלה היא רק לזהות באופן חד יותר את הטיעון שהציעו ולחשוף את ההיגיון שבבסיסו. בפרק השלישי אבקש לבסס את מסקנותיהן של השופטות פרוקצ'יה וארבל ולעגן אותן בעקרונות יסוד אתיים. קודם לכן, הרשו לי לבחון את עמדתה של הנשיאה ביניש.

הנשיאה ביניש סברה כי תיקון מס' 28 פוגע הן בחירות האישי (מעבר לפגיעה הנגזרת מעצם המאסר)¹³ והן בכבוד האדם.¹⁴ פגיעה זו נגזרת לדעתה מעצם העברתן של סמכויות לגורמים פרטיים, ללא קשר לשאלה כיצד יתפקדו בתי הסוהר הפרטיים:

תפיסה עקרונית זו בדבר מהותה הייחודית של הזכות לכבוד האדם מבטאת גישה ההולמת את העניין שלפנינו, כאשר אנו דנים במובנה הצר והגרעיני של הזכות. אכן, במקרים רבים פגיעה בכבוד האדם תהיה מלווה בפגיעה בזכויות אדם נוספות כגון פגיעה בזכות לחיים ולשלמות הגוף ופגיעה בזכות לפרטיות. יחד עם זאת, פגיעה בכבוד האדם תיתכן גם כפגיעה "עצמאית", וזאת כאשר מעשה מסוים שנעשה או מוסד מסוים שהוקם אינם פוגעים לכשעצמם בזכויות אדם אחרות, אך עצם עשייתם או קיומם מבטא מבחינה חברתית יחס של חוסר כבוד לפרט.¹⁵

בקטע זה מוצג הטיעון העקרוני נגד ההפרטה. הפרטת בתי הסוהר, כך לדעת הנשיאה ביניש, פוגעת בכבוד האדם ללא קשר לשאלת התנאים שמהם נהנים (או סובלים) האסירים. תגובה טבעית אחת של המעיין בהחלטה זו נרמזה על ידי השופט לוי בדעת המיעוט: השופט לוי קונן באריכות על תנאי המאסר הקשים של האסירים.¹⁶ דומה שבין השורות הנוגעות ללב שכתב השופט לוי עולה אתגר לא פשוט לעמדה המוצעת על ידי הנשיאה: מדוע הפגיעה הממשית הקשה בכבוד האנושי של האסירים, הבאה לידי ביטוי בצפיפות הקשה בבתי הסוהר, בזוהמה הבלתי נסבלת המאפיינת את בתי הסוהר, בהלנת

13 פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 2, בפס' 20-30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

14 שם, בפס' 34-38 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

15 שם, בפס' 38 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

16 שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט לוי.

אסירים על מזרונים, במחסור בצידוד בסיסי, במזון לקוי ועוד – מדוע כל אלה אינם מעלים את רוגזו של בית המשפט, המתעורר דווקא עקב השאלה הרחוקה כל כך מן החוויה הסובייקטיבית הקשה של האסירים עצמם – השאלה אם הסוהרים הם עובדי מדינה או מקבלים את משכורתם מחברה פרטית? האין מצוקתם הפיזית של האסירים צריכה לעמוד בראש סולם העדיפויות של המדינה ולא השאלה מי מפעיל את בית הסוהר? התמקדות בשאלה זו עשויה להיתפס כהתייפפות גרדא, המתעלמת ממצוקתם הממשית כל כך של האסירים.

כפי שצינתי, הנשיאה ביניש ביססה את תשובתה לאתגר זה הן על הפגיעה בחירות (מעבר לפגיעה הנגזרת באופן בלתי נמנע מן המאסר גופו) והן על הפגיעה בכבוד. נבחן להלן כל אחד מטעמים אלה בנפרד. אשר לפגיעה בחירות קבעה הנשיאה:

המונופול הנתון למדינה – באמצעות הרשות המבצעת והגופים הפועלים במסגרתה – על השימוש בכוח מאורגן הוא בעל חשיבות בשני מישורים. במישור האחד יש להביא בחשבון כי הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויות אדם שונות, נשענת על כך שכוח מאורגן המופעל על ידי המדינה ומטעמה הוא שמבצע את הפגיעה באותן זכויות. אלמלא הפעלת כוח זו הייתה נעשית על ידי מוסדותיה המוסמכים של המדינה, בהתאם לסמכויות הנתונות להם ולשם קידום האינטרס הציבורי הכללי ולא אינטרס פרטי זה או אחר, לא הייתה הפעלת הכוח האמורה זוכה ללגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות. במישור האחר, העובדה שמי שמפעילים את הכוח המאורגן פועלים במסגרת המדינה וכפופים לדינים ולנורמות החלים על מי שפועל במסגרת גופי המדינה ואף לאתוס של השירות הציבורי הממלכתי במובנו הרחב של מושג זה, יש בה כדי להפחית משמעותית את הסכנה כי הכוח הרב הנתון לאותם גופים ינוצל לרעה, וכי הסמכויות הפוגעניות הנתונות להם יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות.¹⁷

הנשיאה ביניש העלתה בקטע זה שתי טענות: טענת הלגיטימיות הדמוקרטית והחשש לניצול לרעה של כוח הנתון בידי גוף פרטי. נבחן להלן את שתי הטענות. טענת הלגיטימיות הדמוקרטית: על פי הנשיאה ביניש, הפעלת כוח דורשת לגיטימיות דמוקרטית וזו איננה מתקיימת במקרה זה. טענות דומות אפשר למצוא גם

17 שם, בפס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה¹⁸ תשובה זו מתעלמת מהעובדה שההחלטה על העונש ותנאי המעצר נתונה בידי המדינה. המחלוקת המשפטית בין חסידי ההפרטה לבין מתנגדיה היא בדיוק על השאלה אם מתן סמכויות ענישה לגופים פרטיים הוא לגיטימי. תשובתה של הנשיאה היא שמתן סמכויות ענישה כאלה איננו לגיטימי משום שרק הפעלת כוח על ידי מוסדות המדינה יכולה לזכות בלגיטימיות דמוקרטית – אלא שזו בדיוק השאלה השנויה במחלוקת בין חסידי ההפרטה לבין מתנגדיה. חסידי ההפרטה אינם חולקים על הצורך בהכרעה דמוקרטית בדבר תוכן האיסורים הפליליים או בדבר מידת העונש ואפילו לא בדבר תנאי המאסר; הם חולקים על הטענה שלפיה לצורך לגיטימיות דמוקרטית נדרש כי ביצוע העונש יעשה על ידי גוף ציבורי. כל שהשופטת עושה בפסקה זו הוא לחזור על הטענה (השנויה במחלוקת) כי לגיטימיות דמוקרטית מחייבת את ביצוע העונש על ידי גוף ציבורי.

ייתכן כי ההסבר לטיעון הלגיטימיות הדמוקרטית טמון בחלק אחר של פסק הדין. על

פי הנשיאה ביניש:

המדינה לאחר שקבעה באמצעות בתי המשפט שלה כי יש להטיל על אדם מסוים עונש מאסר, אינה נושאת במלוא האחריות להוצאתה לפועל של החלטה זו, על הפגיעה בזכויות האדם הנובעת מכך. מצב דברים זה מביא לפגיעה בלגיטימיות של עונש המאסר עצמו ושל הפגיעות בזכויות אדם שונות המתחייבות ממנו.¹⁹

אולם ללא הסבר נוסף טיעון זה נשאר נטול בסיס. האם מישוהו יאמר לגוף פרטי המשתמש בקבלן לצורך אבטחה כי המעביד איננו נושא באחריות לבטיחות המפעל? כל עוד החווה הרלוונטי מטיל חובות קפדניות על הקבלן, השימוש בקבלן פרטי לביצוע פרויקט הוא אופן של נטילת אחריות ולא מכשיר להתחמק ממנה.

החשש לניצול לרעה: לדעתה של הנשיאה ביניש, הסמכויות הפוגעניות שניתנו לגופים הפרטיים יופעלו באופן שרירותי או לקידומן של מטרות זרות. טענה זו שייכת ביסודה למערכת השיקולים הפרגמטית שאותה דחתה הנשיאה ביניש במפורש בחלקים אחרים של פסק דינה. הנשיאה הדגישה שוב ושוב כי התנגדותה להפרטה היא עקרונית ולא פרגמטית; כי אין היא תלויה בשאלה אם תפגע ההפרטה באופן ממשי באסירים או בתנאי המאסר. הנשיאה ביניש יכולה להשיב על התנגדות אחרונה זו ולומר כי ההפעלה השרירותית איננה אלא הפעלה המונעת על ידי טעמים זרים או טעמים של רווח – אך

18 השופטת פרוקצ'יה כתבה בפסק דינה על דרישה של "הסכמה חברתית רחבה", על "בסיס אמון חברתי רחב הנתון למדינה" ועל החשש שלפיו "הפעלת כח-המרות בידי גורם חוץ מדינתי [...] היא נטולת לגיטימציה חברתית, מוסרית וחוקתית". ראו שם, בפס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

19 שם, בפס' 30 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

תשובה זו מחזירה אותנו לטיעון שהציעה השופטת פרוקצ'יה – הנראה לי נכון ביסודו, כפי שצינתי לעיל.

הנשיאה ביניש גרסה גם כי ההפרטה פוגעת בכבוד האנושי מטעמים נוספים:

כליאתם של אסירים בבית סוהר בניהול פרטי מביאה למצב שבו התכליות הציבוריות המובהקות של המאסר מתערבבות ונמהלות בשיקולים שאינם ממין העניין, הנובעים ממטרה כלכלית פרטית – קרי רצונו של התאגיד הפרטי שמפעיל את בית הסוהר להשיא את רווחיו הכספיים. כתוצאה מכך יש חשש טבוע ומובנה כי ביצוע המאסר המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית הופך את האסירים, למעשה, בעצם כליאתם בבית סוהר בניהול פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים על ידי התאגיד שמנהל ומפעיל את בית הסוהר. ודוקן: עצם קיום המוסד של כלא הפועל למטרות רווח מבטא חוסר כבוד למעמדם של האסירים כבני אדם, ופגיעה זו בכבוד האדם של האסירים אינה תלויה במידת הפגיעה בזכויות אדם המתרחשת בפועל בין כתלי הכלא.²⁰

הסבר זה לקוי מכמה וכמה בחינות; אך קודם לבחינת הליקויים חשוב להצביע על הניסוח הלקוי של העיקרון הקאנטיאני האוסר על שימוש באדם כאמצעי. הנשיאה הסיקה מן ההנחה שלפיה רצונו של התאגיד הפרטי הוא להשיא את רווחיו, את המסקנה שלפיה "ביצוע המאסר המבוסס על התכלית הכלכלית הפרטית הופך את האסירים, למעשה, בעצם כליאתם בבית הסוהר בניהול פרטי, לאמצעי להפקת רווחים כספיים".²¹ לטעמי זה ניסוח שגוי ומבולבל. קאנט לא סבר כי העובדה שאדם רואה באדם אחר אמצעי הופכת את האדם האחר לאמצעי. האיסור על התייחסות לאדם כאמצעי מבוסס בדיוק על כך שהאדם איננו אמצעי וגם לא יכול להפוך לאמצעי, יהא היחס כלפיו אשר יהא. הטעם שבגינו אסור להשתמש באדם כאמצעי מבוסס על העובדה שאדם איננו אמצעי ולא ייהפך לכזה גם אם נתייחס אליו ככזה.

הטענה המהותית נגד הנמקתה של הנשיאה מבוססת על מובן עמוק יותר של העיקרון הקנטיאני. גם אם היזם הפרטי רואה את בית הסוהר כאמצעי להפקת רווחים, אין הדבר כשלעצמו פוגע באיסור הקאנטיאני שלפיו אסור לראות אדם כאמצעי.²² אילו התקבלה טענה זו הייתה הנשיאה אוסרת על עסקאות כלכליות בכלל, שהרי החנווני במכולת רואה ברעב ובצמא שלי אמצעי למקסום רווחיו, המסעדה רואה בגרגרנות שלי אמצעי מצוין

20 שם, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

21 שם (ההדגשה שלי – א.ה.).

22 כידוע, האיסור הקאנטיאני על שימוש באדם כאמצעי מתייחס לשימוש באדם כאמצעי בלבד. את הניסוח לעיקרון זה אפשר למצוא בעברית בעמנואל קנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המדות 18-46 (מהדורה שנייה, ש' שטיין עורך, מ' שפי מתרגם, התש"י).

לשפר את רווחתו ואילו מוכר המטריות רואה בגשם המרטיב את בגדי אמצעי למקסום רווחיו. האימפרטיב הקטגורי שהציע קאנט אינו אוסר על שימוש באדם כאמצעי אלא על שימוש באדם כאמצעי גרדא. אולם אין זה ברור כלל כי בתי הסוהר הפרטיים יראו או יתייחסו לאסירים כאמצעי גרדא. הנשיאה ביניש הרי איננה סבורה כי בתי הסוהר הפרטיים יראו באסירים אמצעי גרדא, משום שהיא עצמה ציינה כי במקרה זה "התכליות הציבוריות המובהקות של המאסר מתערבבות ונמחלות בשיקולים שאינם ממין העניין".²³ במילים אחרות, אפילו לדידה של הנשיאה ביניש בתי הסוהר הפרטיים לא יראו באסיר אמצעי גרדא, שהרי לדידה הם ימשיכו להבטיח את מימוש התכליות הציבוריות של המאסר.

לבסוף אני סבור כי טעתה הנשיאה כשהדגישה יתר על המידה את החשש שלפיו כליאת האסירים תשרת תכלית כלכלית במובחן מתכלית פרטית אחרת.²⁴ כל שימוש באסירים לצורך קידום אינטרס פרטי הוא אסור, ולא רק שימוש באסירים לצורך השאת רווח. כדי להדגים נקודה זו הניחו לרגע כי ארגון דת כלשהו רוצה לפתוח בית סוהר פרטי כדי להציל את נשמותיהם החוטאות של העבריינים. גם בית סוהר שנועד לממש מטרה זו, חשובה ככל שתהיה, הוא פסול – הפעם לא משום שהוא מיועד להשיא רווח אלא משום שהוא מיועד לממש מטרה פרטית אחרת, שגם אם היא ראויה אין היא מטרה שהחברה כולה שותפה לה כחברה.

האם עלינו לוותר לפיכך על הטיעון העקרוני נגד הפרטת בתי הסוהר? האם עלינו לפנות לטיעון הפרגמטי או לוותר על התנגדותנו להפרטה? לדעתי התשובה היא שלילית. הטיעון העקרוני נגד בתי סוהר פרטיים עומד בעינו והוא מבוסס על העקרונות שפיתחה השופטת פרוקצ'יה. בפרק הבא אציע טיעון אלטרנטיבי המסביר מדוע הפרטת בתי הסוהר פוגעת בכבוד האדם.

ג. מדוע בכל זאת ולמרות הכול צדק בית המשפט?

בפרק זה אעלה שלוש טענות המתבססות כולן על כבוד האדם: ראשית, אזרחים פרטיים אינם רשאים לענוש אדם על פי הנחיות המדינה אלא אם כן הם מבצעים שיפוט מוסרי עצמאי ומגיעים למסקנה שהאסור הפלילי הוא ראוי, הענישה היא מידתית והראיות מספיקות. הכבוד האנושי של האזרחים מבוסס על האוטונומיה שלהם לבצע שיפוט מוסריים מסוג זה ועל אוטונומיה זו אין הם יכולים לוותר. שנית, עובדי מדינה אינם רשאים לבצע שיפוט מוסריים עצמאיים מסוג זה משום שעובדי מדינה קיבלו עליהם

²³ פרשת חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 2, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

²⁴ טעות זו היא נפוצה. גם מייקל וולצר, במאמרו על בתי הסוהר הפרטיים, הדגיש את החשש הכלכלי. ראו Michael Walzer, *Hold the Justice*, NEW REPUBLIC, Apr. 11, 1985.

(או היו צריכים לקבל עליהם) באופן וולונטרי את מטרות המדינה. קבלה וולונטרית זו מחייבת אותם למלא באופן עיוור (תחת מגבלות שיתוארו להלן) אחר הנחיות המדינה. מכאן נובע כי צריך לראות את פעולתם של עובדי המדינה כפעולתה של המדינה, באשר פעולה זו איננה מבוססת על שיפוט מוסרי עצמאי של עובדי המדינה. שלישית, העונש המוטל על הפרטים חייב לשקף את השיפוט המוסרי של המדינה ושל המדינה בלבד. מכאן, שרק עובדי מדינה רשאים להוציא לפועל עונשים פלייליים. אחרת, כך אטען, הסנקציה המוטלת על העבריין תהא פרי של שיפוט מוסרי של אדם פרטי ולא של המדינה – והטלת סנקציה המבוססת על שיפוט של אדם פרטי היא פגיעה בכבודו של העברייני. הטענה הראשונה מבוססת על כבודם של אזרחים; השנייה – על כבודם של עובדי מדינה; והשלישית – על כבודם של העבריינים.

הדיון מבסס לפיכך את הטענה שלפיה לא כל פועל מוסרי (agent) רשאי לבצע ענישה של המדינה, ובמילים אחרות: יש דרישות נורמטיביות מקדימות ביחס למיהותו של הפועל הרשאי לבצע ענישה. כדי לבסס טענה זו הרשו לי להביא דוגמאות אחרות שבהן מתקיימות דרישות מסוג זה. נראה כי ניתן להבחין בין שני קריטריונים לבחירת פועל מוסרי: יש פועלים הנבחרים על בסיס הצטיינותם בביצוע פרויקט, כשהקריטריונים להצטיינות נבחרים ללא קשר לזהות הפועל. כאשר אני נדרש לשכור אדם כדי לשפץ את ביתי, ככל הנראה אבחר את האדם שיבצע את מלאכת השיפוץ באופן הראוי ביותר ואולי הזול ביותר. המשפץ הראוי הוא זה שיבצע את עבודת השיפוץ באופן המוצלח ביותר והקריטריונים להצטיינות בפעולת השיפוץ אינם קשורים למיהותו של הפועל. במילים אחרות, הפועל איננו אלא מכשיר למימוש הפעולה שבמימושה אנו חפצים. אולם, כך אטען, לפעמים הצטיינות בתפקיד אינה יכולה להיבחן באופן שאינו תלוי בשאלה מיהו הפועל החותר למימוש התפקיד. ההצטיינות בתפקיד במקרים מסוג זה קשורה באופן הדוק, כעניין מושגי, בזהות הפועל.²⁵

קחו כדוגמה את נקמת הדם. רבים מהקוראים מאמר זה (כך לפחות אני מקווה) מסתייגים ככל הנראה מפרקטיקה קדומה זו, אולם ללא קשר לשאלה אם הפרקטיקה הזו ראויה אם לאו, מעניין להצביע על כך שזהותו של הפועל המוסרי המבצע את נקמת הדם היא חיונית להשלמתה. נקמת דם היא דרך ריטואלית לנקום על עוול באמצעות הריגת אדם המשותף לשבט או למשפחה של האדם שביצע את העוול. המסורת מחייבת כי נקמת הדם תבוצע אך ורק על ידי קרוב משפחה זכר של האדם שנפגע. המתה של אדם על ידי פועל מוסרי אחר (שאיננו קרוב משפחה זכר), לא רק אסורה, אלא היא גם לא תיחשב נקמת דם. הזכות (ואולי אפילו החובה) לבצע המתה היא "זכות תלוית פועל" (agent-dependent power). הפועל המוסרי איננו מכשיר לביצוע אקט ההריגה הצודק;

25 על הבחנה זו עמדתי במאמרי: Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions*, 14 LEGAL THEORY 113 (2008).

לאמתו של דבר, ההפך הוא הנכון: אקט ההריגה הוא המעניק את ההזדמנות לפועל המוסרי הראוי – קרוב משפחה זכר של הנרצח – לפעול כדי להחזיר את הצדק על כנו. דוגמה עכשווית אחרת לפועל שזהותו חשובה למימוש מוצלח של תפקידו לקוחה מתאוריית הענישה של יואל פיינברג, אחד מחשובי הפילוסופים של המשפט הפלילי. על פי פיינברג:

[P]unishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those 'in whose name' the punishment is inflicted.²⁶

נראה כי הפועל היחיד המסוגל להבטיח ענישה מן הסוג הנדרש על ידי פיינברג הוא המדינה. לדידו של פיינברג, הענישה מבטאת את השיפוט של הקהילה כולה שהמעשה שעשה העבריין הוא אסור. בחברה הפוליטית בת־זמננו רק המדינה יכולה לדבר בשם קהילת האזרחים כולה. ענישה של עבריינים, המבוצעת על ידי פועלים שאינם המדינה, יכולה כמובן להרתיע עבריינים, לספק את הסנטימנטים הרטריבוטיביים, לאפשר את שיקומו של העבריין וכן להשיג מטרות רבות אחרות – אולם (בהינתן הקונבנציות העכשוויות) אין לענישה זו את הערך הסימבולי-אקספרסיבי שאותו פיינברג מייחס לענישה הפלילית. לסיכום: לדידו של פיינברג, המדינה היא הפועל היחיד היכול לענוש עבריינים באופן שיממש את תכליות הענישה.

פיינברג כמובן לא עסק ספציפית בהפרטת הענישה או בהפרטת בתי הסוהר, שכן אלו לא הוצעו בזמנו ולכל הפחות לא עמדו במרכז הדיון המחקרי. נראה לי שאפשר להרחיב את עמדתו של פיינברג ולהחיל אותה על מקרה זה. תכליתה של רשימה זו היא לבסס את הטענה שלפיה הפעלת כוח פיזי מצד המדינה דומה במובן מסוים לנקמת דם או לענישה הנשלטת על ידי שיקולים אקספרסיביים. הכוח להפעיל סנקציות פליליות הוא כוח תלוי פועל מוסרי – כוח היכול (כעניין נורמטיבי) להיות מופעל רק על ידי הפועל הנכון – המדינה. זאת, משום שכדי להבטיח לגיטימיות של הענישה לא די שהפועל המעניש מבצע את תפקידו באופן נאמן לזה שנדרש ממנו על ידי המדינה; כדי שעונש ייחשב פלילי – עונש המוטל בשמה של המדינה – לא די שטבעו של העונש וחומריו ייקבעו על ידי המדינה; העונש חייב להיות מבוצע על ידי עובד המדינה.

לדעתי, יש הבדל ערכי עמוק בין עונש המבוצע על ידי עובד מדינה לבין עונש המבוצע על ידי גוף פרטי. הראשון הוא אקט של המדינה והשני הוא אקט של אדם פרטי. אטען כי עונש פלילי חייב להיות מבוצע על ידי המדינה והמדינה בלבד, שאחרת הוא

Joel Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, in A READER ON PUNISHMENT 71, 26
74 (Antony Duff & David Garland eds., 1994).

יהווה ביטוי של רצון פרטי של המעניש – ועונש שהוא ביטוי של רצון פרטי פוגע בכבוד האדם של העברייין.

כדי לבסס טענה זו אבסס את שלוש הטענות הבאות, שכל אחת מהן נסמכת על כבוד האדם. ראשית אבסס את הטענה כי אזרח שאינו עובד ציבור לא יכול להאציל למדינה את שיקול הדעת המוסרי שלו ביחס לשאלה אם לענוש אם לאו; שנית אטען כי עובד ציבור לא רק רשאי אלא אף חייב להאציל למדינה את שיקול הדעת שלו, משום שהוא בחר לאמץ את תכליות המדינה ולראות בהן את תכליותיו הוא; לבסוף אטען כי הטלת עונש על אדם על בסיס שיפוט מוסרי של אדם אחר פוגעת בכבוד האדם של העברייין, באשר אין להעדיף את השיפוט המוסרי של המעניש על פני זה של הקרבן. מכאן גם נובע כי רק עובד ציבור יכול לבצע עונש פלילי משום שרק עונש הממומש על ידיו הוא עונש שאפשר לייחס (רק) למדינה (ולא גם לפרט המעניש).

אפתח בכמה מושגים יסודיים. נניח כי רם עבר על חוקי המדינה וכי המדינה שפטה אותו לחמש שנות מאסר, אלא שהמדינה נטולת אמצעים או יכולת, או אולי רצון, לממש את העונש. נניח גם כי אלון – אזרח שומר חוק – חפץ לסייע למדינה והוא כולא את רם למשך שנתיים במרתף ביתו בתנאים סבירים, המקבילים (או אפילו טובים) מאלו שבהם היה נתון רם בכלא ציבורי. נראה ברור כי אלון איננו אלא עברייין ועליו להיות מורשע בכליאת שווא: כליאתו של רם במרתף ביתו של אלון איננה עונש פלילי אלא כליאת שווא.

האם הסכם בין המדינה לאלון יכול להכשיר את המאסר ולהפוך אותו לראוי? הניחו לרגע כי המדינה מבקשת מאלון (או אפילו פוקדת על אלון) לכלוא את רם במרתף ביתו. במקרה זה אפשר לטעון כי הכליאה במרתף ביתו של אלון איננה אלא מימוש של רצונו של הריבון ומכאן שאלון זכאי לפרס על נכונותו לממש את רצונו של המדינה ולהבטיח את מימוש רצון זה. הרי כך היינו עושים אילו התנדב אלון לסייע למדינה בטיפול בחולים, בחינוך ילדים ובכל שירות ציבורי אחר. האם נכונותו של אלון לסייע למדינה לענוש את רם ראוי?

יש שיסתייגו מחוזה זה בין המדינה לאלון ויאמרו כי סביר להניח שאלון לא יממש באופן נאמן את תכליות המדינה. כך, למשל, אלון עלול להתרשל בשמירה על רם או להיכשל בהבטחת רווחתו הפיזית או הנפשית. טעמים אלה הם טעמים המחייבים בחינה אמפירית מדוקדקת. ייתכן שאלון הוא סוהר מנוסה בפנסיה ועל כן ניתן לסמוך על שיקול דעתו; ייתכן כי אלון עבר קורס שהכשיר אותו לתפקיד זה וכי הפרופיל הנפשי שלו מתאים במיוחד למלא תפקיד של סוהר; ייתכן אפילו שאלון יצליח טוב יותר מעובדי המדינה למלא את התפקיד בין בשל כישוריו המיוחדים ובין בשל התמריצים הפועלים עליו. טיעונים אינסטרומנטליים מסוג זה יכולים להיות נכונים או שקריים; מכל מקום הם מחייבים בחינה אמפירית שהיא איננה תחום התמחותי (ואף לא חביבה עליי במיוחד).

בצד טיעונים אלה הסיפור מעורר הסתייגות. תגובתו הראשונה של אלון לפנייתו של המדינה עשויה להיות תביעה להבין על מה מדובר. כך, למשל, אלון עשוי לחקור את המדינה בגין איזו עבירה הורשע רם ובאילו פרוצדורות השתמשו לצורך הרשעה. לאחר מכן אלון עלול לבחון אם חומרת העבירה והפרוצדורה שבה השתמשו במשפט מצדיקות את חומרת העונש. נראה כי אין זה ראוי שאלון יטיל סנקציות על אדם אחר אלא אם כן הוא משוכנע כי סנקציות אלה הן מידתיות או ראויות. בבסיס טענתי עומדת התפיסה שלפיה חובתו המוסרית של כל פרט לבחון את ההתאמה של הסנקציה הפלילית שבביצועה הוא משתתף לחומרת העבירה הפלילית וכן להבטיח כי העבירה הפלילית הוכחה כראוי. אזרח פרטי המעורב ישירות בהטלת סנקציה איננו רשאי לסמוך על המדינה; אין הוא רשאי לוותר על בחינה עצמאית הכוללת שיפוט מוסריים בדבר מוסריותה של ההתנהגות שבגינה נשפט האדם, בדבר ההתאמה של העונש לעבירה ובדבר חוזקן והתאמתן של הראיות. גם אם האזרח הפרטי לא עשה בחינה עצמאית שכזו עלינו לייחס לו שיפוט כזה – שאחרת אין אנו מתייחסים אליו כאל פועל מוסרי.

עמדה זו היא אינטואיטיבית אך היא איננה מובנת מאליה. אחרי הכול רובנו סבורים כי מדינה דמוקרטית רשאית לעתים קרובות להטיל עלינו חובות. אנו נדרשים לשלם מסים, למלא אחר כללי התעבורה, להזדהות בפני פקיד ציבור הדורש זאת ועוד. חובות מסוגים אלה פוטרות אותנו לעתים קרובות מן החובה או אולי אפילו מן הזכות לבצע שיפוט מוסריים עצמאיים. נישום המשלם מס איננו בוחן באופן עצמאי (ואולי גם איננו רשאי לפעול בהתאם לשיפוט מוסריים שלו) את גובה המס שראוי לשלם; הנהג איננו בוחן (ואולי גם איננו רשאי לבחון) את כללי התנועה ואינו מכריע אם הטעמים להתקנת תמרימים הם ראויים. מדוע לפיכך חייב היזם של בתי הסוהר לבצע שיפוט עצמאי מסוג זה? מה מיוחד בעונש הפלילי המצדיק תביעה מחמירה כזו מן הפרט המעניש? מדוע אין האזרח יכול לסמוך על מדינתו (תחת ההנחה שהיא דמוקרטית ושיפוט מוסריים הם בדרך כלל סבירים וראויים)?

התשובה נעוצה באופי המיוחד של המשימה המוטלת על פרט הנדרש לענוש אדם אחר. במקרה זה, המשימה המוטלת על הפרט היא הפעלת אלימות ישירה כלפי גופו של אחר. יתר על כן: אלימות זו מבוססת על שיפוט מוסריים של המדינה שהפרט איננו בהכרח שותף להם. קשה לחשוב על תביעה של המדינה הפוגעת יותר באושיות האוטונומיה המוסרית של הפרט. במובן זה אני סבור כי המסקנה שאליה הגעתי בהקשר זה נכונה גם להקשרים אחרים של הפעלת אלימות, כמו למשל ניהול מלחמה באמצעות שכירי חרב. לדעתי, ההתנגדות המוסרית העזה לשכירי חרב מבוססת על אינטואיציה דומה מאוד להתנגדות העזה לענישה פרטית מן הסוג שהוצע בישראל.²⁷ לפיכך אסכם

27 להיסטוריה של היחס לשכירי חרב ראו SARAH PERCY, MERCENARIES: THE HISTORY OF A .NORM IN INTERNATIONAL RELATIONS 1-2 (2007).

ואומר כי כבוד האדם (כבודו של המעניש) אוסר על פרט להאציל את שיקול הדעת העצמאי שלו בדבר ההצדקה להפעלת אלימות כלפי אדם אחר. הניחוי עתה כי לאחר בחינה קפדנית הגיע אלון למסקנה שהטלת העונש מוצדקת: רם הורשע כדין בגין ביצוע מעשה פשע; הוא נשפט כדין; הראיות שהובאו נגדו מספיקות לצורך הרשעה והעונש שהוטל הוא מידתי. האם אלון רשאי (ואולי אפילו חייב) לבצע את העונש?

כדי לבחון את השאלה הניחו כי אלון הטיל את העונש וכלא את רם במרתף ביתו. על מי מוטלת אחריות מוסרית בגין הטלת העונש? מיהו האדם (או הגוף או הגופים) שנראה כאשמים אם בסופו של יום נגלה כי רם לא ביצע את העבירה? התשובה לשאלה נראית לי ברורה לחלוטין: אלון ביצע שיפוט מוסרי עצמאי ביחס לצדקת העונש (או לפחות היה צריך לבצע שיפוט כזה) ולכן אלון הוא האחראי (או לפחות אחד האחראים) למעשה. אחריותו של אלון מתיישבת גם עם ייחוס אחריות למדינה, שהרי המדינה היא שפנתה לאלון וביקשה ממנו לכלוא את רם במרתף ביתו – אולם המדינה איננה האחראית הבלעדית לפעולה. נובע מכך כי האחריות המוסרית נופלת (לפחות במידה חלקית) על כתפיו של אלון ולא רק על המדינה. אלון לא יכול להתחמק מאחריות באשר הפעולה שביצע מבוססת על שיפוט מוסרי עצמאי שלו.

ודוק: הניתוח לא תלוי בשאלה העובדתית אם אלון בחן את החלטת המדינה וביצע שיפוט עצמאי בעניין. ייתכן כמובן כעניין של עובדה שאלון התעלם מחובתו לבצע שיפוט עצמאי ומימש את רצונה של המדינה באופן עיוור. עובדה זו לא תפטור אותו מאחריות מוסרית בגין הטלת העונש. פטור כזה הוא בגדר פגיעה בכבודו האנושי של הפועל אלון, באשר הוא מנביע את המסקנה שאין הוא פועל אוטונומי אלא אוטומטון המאמץ באופן עיוור את הנחיות המדינה. כשם שאדם המבצע רצח רק משום שנדרש לעשות כן על ידי מעביד או הורה איננו פטור מאחריות מוסרית בגין הרצח, כך גם האזרח המטיל עונש לא ראוי בעקבות בקשה או דרישה של המדינה איננו פטור מאחריות מוסרית רק משום שמילא באופן עיוור אחר הנחיותיה.

מסקנה זו משתלבת יפה עם עקרונות ליברליים מסורתיים וכמעט ברורים מאליהם. החלטות בדבר הפעלת אלימות חייבות להתקבל רק לאחר שיפוט מוסרי זהיר. הכבוד האנושי הקאנטיאני מנביע גם את המסקנה שהפרט לא יכול לעולם לוותר על החובה לבצע שיפוט כזה. ויתור של הפרט על חובה זו הוא ויתור על אנושיותו; זהו ויתור על הסטוס שלו כפועל אוטונומי ולפיכך אין לו תוקף. המסקנה ברורה: הפרט לא יכול לוותר על חובתו לבצע שיפוט באופן עצמאי. חובתו זו מנביעה גם את המסקנה הנורמטיבית שעונש המבוצע על ידו (גם אם נתבקש או נדרש על ידי המדינה לבצע עונש זה) איננו עונש המוטל (רק) על ידי המדינה, משום שהשיפוט המוסרי המנביע את הפעולה הוא שיפוט מוסרי עצמאי של הפרט המעניש. אין הוא מבטא רק את רצונה הבלעדי של המדינה.

בשלב זה ראוי להכניס אל תוך התמונה שחקן נוסף שעד כה נותר בצל, והוא רם העברייני. הניחו כי אלון הגיע למסקנה שהפעולה שביצע רם ראוייה לעונש ושהעונש שקבעה המדינה הוא מידתי. הראינו כבר כי העונש שיוטל על ידי אלון בנסיבות אלה הוא עונש שהאחריות בגין הטלתו מוטלת (גם) על אלון ו(לא רק) על המדינה. האם בנסיבות אלה ראוי שאלון יבצע את העונש? האם ראוי שהמדינה תאפשר או אפילו תורה לאלון לבצע עונש מסוג זה?

לדעתי התשובה שלילית. אמנם אלון הגיע למסקנה שהעונש ראוי, אולם יש להניח שרם חולק על מסקנה זו. רם סבור אולי כי המעשה שביצע ושכנינו הוטל העונש היה מעשה ראוי או שהעונש בגינו אינו מידתי או שהעבירה לא הוכחה די צורכה. רם עלול לטעות בכל אחד משיפוטם אלה, אולם גם אם טעה אין זה ראוי שהשיפוט המוסרי הפרטי שלו יוכפף לשיפוט המוסרי הפרטי של אלון. אין זה צודק, יטען רם, כי המדינה תצדד בשיפוט מוסרי של פרט אחד ותעדיף אותו על פני השיפוט המוסרי של פרט אחר. החלטה זו מצד המדינה היא פגיעה בכבודו של רם. הכבוד האנושי של רם מאפשר למדינה (ולמדינה בלבד) לבצע שיפוט ביחס למעשיו ולפעול בהתאם לשיפוט זה, שהרי רם – בהיותו אזרח המדינה – משתתף בקביעת תוכנם של השיפוט הנורמטיביים שלה. לפיכך, כבוד האדם של רם מחייב את אלון להימנע מביצוע העונש ומחייב את המדינה להימנע מלאפשר לאלון לענוש את רם (אפילו אם אימץ אלון במקרה זה את השיפוט של המדינה). המסקנה היא שביצוע של עונש פלילי על ידי אלון פוגע בכבודו של רם. ענישה פרטית היא בגדר פגיעה בכבודם של העבריינים משום שהיא מעניקה לשיפוט המוסרי של אזרח אחד (המעניש) עדיפות על השיפוט המוסרי של אזרח אחר (הנענש).

עד כה ביססנו את העמדה שלפיה כאשר אזרח מבצע את פקודות המדינה (לכל הפחות בנוגע להפעלת אלימות על אזרח אחר), אזי, כעניין נורמטיבי, אין לראות את הדבר פשוט כביצוע מכני של החלטת המדינה. יש לתאר זאת כפעולת אלימות שיש בה מרכיב פרטי – פעולה שהאחריות המוסרית בגינה מוטלת גם על הפרט המעניש ולא רק על המדינה.

האין מסקנה זו מנביעה תוצאה קשה במיוחד – שהרי נראה כי היא חלה על כל אדם, כולל עובדי המדינה? האם לא נובע מכך כי גם הסוהר או החייל חייבים לבצע שיפוט עצמאיים? אם כך הדבר, אין אף פעולה שהיא באופן טהור פעולה של המדינה. כל פעולה של המדינה היא לפיכך נגועה, משום שכל פעולה של המדינה נעשית בסופו של יום על ידי פועל מוסרי אינדיבידואלי המבצע אותה ולכן היא מבטאת הכפפה של השיפוט המוסרי של הפרט הנענש לשיפוט המוסרי של הפרט העונש. אחרי הכול, המדינה באופן בלתי נמנע נזקקת לפרטים אנושיים שיממשו את רצונה – אלא שכל פועל אנושי חייב להפעיל שיקול דעת ובכך, על פי העמדה שהובאה לעיל, הוא הופך את העונש לפרטי. התחלנו לפיכך בתובנה שלפיה אזרחים חייבים לבצע שיפוט עצמאיים

בעניינים הנוגעים לאלימות וסיימנו, כך נראה, במסקנה אנרכיסטית שלפיה כל אדם, בין אזרח ובין עובד ציבור, חייב להפעיל שיקול דעת עצמאי מסוג זה. הרשו לי להשיב על שאלה זו במילותיו (המדומיינות) של המוציא להורג הרשמי הצרפתי במאה השמונה-עשרה, אדון סנסון, במונולוג שבו ביקש להצדיק את התנהגותו כמוציא להורג. כעובדה היסטורית היה סנסון המוציא להורג של המלך לואי השישה-עשר ולאחר מכן שירת תחת מנהיגי המהפכה הצרפתית, שכידוע סיפקו לו תעסוקה רבה. סנסון נימק את החלטתו בלשון הבאה:

I have already explained to you why I believe that the role of the executioner is worthy of a person's commitment, and you half believe it yourself. Having made such a commitment to the role, I cannot then reject the reasons for action the role provides. Only if the overall justification fails in any particular performance no longer an "execution," but a murder, As I said I am not an instrument, I must judge my role. But the judgment is of a life in a role, not the particular acts for the role requires me to perform.²⁸

לדעתו של סנסון, המוציא להורג איננו רשאי לשפוט את המוסריות של כל הוצאה להורג בנפרד. במקום זאת הוא מבצע שיפוט מוסרי של התפקיד של מוציא להורג (ולא של כל פעולה ופעולה במסגרת התפקיד). הניחו לרגע כי סנסון הגיע למסקנה שלפיה אכן יש מקום במדינה לתפקיד של מוציא להורג. בהינתן שיפוט זה נראה כי סנסון סבור שהוא רשאי לבחור באופן וולונטרי לכהן בתפקיד של מוציא להורג, ומשבחר לעשות כן עליו למלא את הדרישות של התפקיד הכוללות – על פי האפיון המוצע על ידו – ציות עיוור לפקודות המדינה. עצם הבחירה להיחפך לעובד מדינה היא בחירה המחייבת את סנסון לאמץ באופן עיוור את הכרעות המדינה. בהינתן שבחירה זו היא אוטונומית, היא אינה פוגעת בכבודו של סנסון, וכפי שאראה מיד, היא גם מתיישבת עם האוטונומיה שלו. מובן כי החלטה להתמנות לתפקיד של מוציא להורג יכולה להיות חשופה לביקורת. ייתכן, למשל, שסנסון טועה ואין מקום לתפקיד מסוג זה במדינה נאורה. המתנגדים לעונש מוות סבורים כי תפקיד זה איננו ראוי ועל כן גם סבורים כי אסור לסנסון לבחור בתפקיד מסוג זה. אם כך הדבר, אפשר לבחור לצרכינו תפקיד אחר כמו סוהר, חייל, שופט או רופא בבית חולים ציבורי. חלק מתפקידים אלה מחייבים מטבע ברייתם ציות עיוור, ללא בחינה מהותית של הטעמים החלים על משימות במסגרת התפקיד. נחיצותם של תפקידים מסוג זה (המחייבים עיוורון נורמטיבי) נגזרת מעקרונות שלטון החוק. מדינת חוק איננה יכולה להתקיים ללא קיומם של עובדי ציבור המכהנים במשרות

28 ראו ARTHUR ISAK APPLBAUM, ETHICS FOR ADVERSARIES: THE MORALITY OF ROLES IN .PUBLIC AND PROFESSIONAL LIFE 40 (1999).

המנביעות ציות עיוור מסוג זה. המוציא להורג בדוגמה שלנו הוא אדם שבחר לשרת את המדינה ולפעול על בסיס הכרעותיה באופן עיוור. לכן, האדם שבחר במשרה זו (בהינתן שבחירה זו היא לגיטימית) מנוע מהפעלת שיקול דעת ביחס לשאלה את מי להוציא להורג. כפי שאמר סנסון: "If I were to act on reasons that the role requires the executioner ignore, I would cease to be the executioner".

אם כן, המוציא להורג הוא משרתו של הצדק (כפי שהוא נקבע על ידי המדינה). עובדה זו ביחס לתפקיד מאפשרת לסנסון לבצע פעולה בשמה של המדינה והאחריות המוסרית בגינה נתונה למדינה ולמדינה בלבד. כדי שאקט ההוצאה להורג ייחשב אקט של המדינה, המוציא להורג חייב לפעול באופן עיוור (אף שכפי שנראה להלן, לא באופן עיוור לחלוטין). הציות העיוור הזה הוא תנאי להיותו של אדם עובד ציבור והוא הוא המאפשר לייחס את ההוצאה להורג למדינה בלבד ולא לעובד המדינה (סנסון).

כיצד מתיישבת עמדה זו עם הערכים הליברליים שהוזכרו קודם? כיצד מתיישבת עמדה זו עם החשיבות של בחירה אוטונומית של הפרט המעניש? האם אין זה סותר את המסקנה בדבר החובה המוסרית לשקול באופן עצמאי אם העונש הוא צודק אם לאו? סנסון מאמין כי יש הבדל תהומי בין אזור הנקרא לדגל ומתבקש להוציא להורג אדם לבין המוציא להורג המקצועי. כפי שראינו, כבודו של האזור מחייב הכרעה עצמאית; מדוע כבודו האנושי של סנסון איננו מחייב שיקול דעת עצמאי כאמור?

התשובה היא שסנסון (בניגוד לאזור) קיבל עליו באופן וולונטרי את התפקיד של מוציא להורג. קבלה וולונטרית זו של התפקיד היא אוטונומית והיא מחייבת את סנסון לפעול בהתאם לדרישות התפקיד. אם כן, עמדה זו מבוססת על הגישה שלפיה יש לפרט כוח לאמץ באופן וולונטרי את מטרות המדינה ככאלה ולהתחייב בכך לוותר על הכוח לבצע שיפוט עצמאיים משלו. מכאן שדווקא כבודו של עובד המדינה מחייב לתת תוקף להתחייבות זו באשר היא ניתנה באופן וולונטרי. סנסון בחר לוותר על השיפוט ביחס למוסריות המעשים אותם הוא מבצע במסגרת תפקידו, אך בניגוד למקרה של האזור, ויתורו הוא בעל תוקף משום שהוא מבוסס על בחירה מוסרית של סנסון – הבחירה למלא תפקיד ציבורי שעל פי הנחותינו הוא תפקיד הנדרש במדינת חוק.

מכאן נובעת המסקנה שיש הבדל תהומי בין עונש שמבצע אזור לעונש שמבצע עובד מדינה. עונש מן הסוג הראשון יש לייחס לא למדינה אלא לפרט שמבצע אותו. פרט שאיננו עובד מדינה חייב לשפוט באופן עצמאי את חומרת המעשה המיוחס לעבריו, את מידתיות העונש שהוטל וכן את דיותו של הבסיס הראייתי שעליו נסמכה ההכרעה השיפוטית. עונש מן הסוג השני הוא עונש שמבצע עובד ציבור ושאותו יש לייחס למדינה, משום שעובד הציבור רשאי (ואף חייב) לפעול כפי שהמדינה מורה לו. לפיכך אי-אפשר לייחס לעובד המדינה את האחריות המוסרית על העונש, משום שעובד המדינה לא רשאי לפעול על בסיס שיפוט מוסרי שאיננו זה של המדינה.

בשני המקרים המסקנה מבוססת על הערך של כבוד: במקרה הראשון כבוד לשיפוט העצמאי המוסרי של הפרט, ובמקרה השני – כבוד לבחירה החופשית של עובד הציבור לאמץ את תכליות המדינה ולראות בהן את תכליותיו שלו. מהבחנה זו נובעת גם מסקנה נוספת: עונש שהאחריות המוסרית בגינו מוטלת על כתפיו של אדם פרטי ולא על המדינה פוגע בכבוד האנושי של העבריין. השיפוט המוסרי של האזרח המעניש איננו חלק מן המרקם הפוליטי ואין הוא מחייב את העבריין. מכאן, שהעונש שהאחריות בגינו מוטלת (גם) על כתפי הפרט המעניש ולא אך ורק על כתפי המדינה הוא בסופו של יום עונש פרטי, ובמילים אחרות: פשע נגד העבריין. ענישה על ידי המדינה (היכולה להיות ממומשת אך ורק על ידי עובד הציבור) היא חלק מן המרקם הפוליטי המגולם בחוקים שחוקקה המדינה ומכאן הלגיטימיות שלה.

האם אין לומר שמסקנה זו ביחס לציות העיוור של עובד הציבור רדיקלית מדי? האם אין היא אותה הצדקה הפותחת פתח לפשעים נגד האנושות? אני סבור כי אין קורא אחד של טקסט זה שלא נזכר בחלחלה במהלך הקריאה באיכמון או בפשעי הנאצים ושאל את עצמו היכן הם גבולות הציות של עובד הציבור, למה בדיוק מתכוון המחבר ב"ציות עיוור" ומתי כבר יבהיר הכותב את טבעם של גבולות אלה.

מסיבה זו, כבר בפתח המאמר ציינתי את החובה של עובד המדינה לציית לפקודות המדינה באופן עיוור כל עוד הנחיות המדינה נופלות באופן סביר בגדרו של התפקיד. תפקידו של חייל הוא להגן על המדינה. לצורך זה עליו לקבל באופן עיוור את הנחיות המדינה כל עוד הן נופלות בגדרו של התפקיד שקיבל על עצמו. החייל לא קיבל על עצמו (ואין הוא רשאי לקבל על עצמו) תפקיד של רצח אזרחים. קבלת תפקיד של עובד ציבור מתבססת על שיפוט מוסרי שהתפקיד ראוי מבחינה מוסרית. הגנה על המדינה היא תפקיד ראוי; רצח אזרחים איננו תפקיד ראוי ואסור לפרט לקבל על עצמו תפקיד לא ראוי. מכאן, שעובד הציבור לא בוחן את הטעמים לפעולות במסגרת התפקיד אולם עליו לבחון את השאלה אם הפעולה הנדרשת היא במסגרת התפקיד אם לאו.

נובע מכך שעובד הציבור מבצע שני שיפוטם שונים זה מזה: האחד הוא שיפוט ביחס למוסריות התפקיד. סנסון, למשל, הדגיש את העובדה שבחר בתפקיד לאחר שמצא שתפקיד זה חיוני לקיומה הסדיר של המדינה. השיפוט השני הוא ביחס לשאלה אם הפעולה שהוא נדרש לעשות היא במסגרת התפקיד. הציות העיוור שעליו דברתי לעיל איננו עיוור כל כך, באשר הציות העיוור מחייב שורה של שיפוטם מוסריים. העיוורון של עובד הציבור איננו מוחלט: הוא מחייב שיפוט מוסרי עצמאי – כאמור, לא ביחס לשאלה אם העונש שהוטל הוא ראוי או אם האיסור שנקבע הוא ראוי, אלא ביחס לשתי השאלות שפורטו: אם התפקיד הציבורי שהוא ממלא הוא ראוי ואם הפעולה שהוא נדרש לבצע היא במסגרת התפקיד הציבורי הראוי של עובד ציבור.

על פי העמדה המוצעת, עובד ציבור הוא אדם שקיבל על עצמו באופן וולונטרי את תכליותיה של המדינה. הוא אימץ את תכליות המדינה ובכך התחייב לפעול בהתאם

להנחיותיה באופן עיוור. מהו, אם בכלל, הקשר בין תפיסה זו של עובד מדינה לתפיסה המשפטית הדוקטרינרית של עובד ציבור? מהו הקשר בין האפיון המוצע להבחנות המשפטיות בין עובד מדינה לקבלן פרטי העובד עבור המדינה? האם היזם הפרטי נשוא רשימה זו לא יכול להיתפס כעובד ציבור שקיבל על עצמו באופן וולונטרי את תכליותיה של המדינה?

התשובה היא מורכבת. אף שאני סבור כי יש קשר בין עובד המדינה כפי שהוא מוגדר במשפט לעובד המדינה כפי שהוא מאופיין במאמר זה, אינני סבור כי יש חפיפה מלאה בין השניים. עם זאת אני סבור כי בשום פנים ואופן אין לראות את היזם במקרה זה כעובד מדינה.

עובד המדינה לפי הדוקטרינה המשפטית הוא בדרך כלל הגילום המוסדי של האידאל של עובד המדינה כפי שהוא מתואר במאמר זה. אינני מוציא מכלל אפשרות כי גם עובדים אחרים שאינם מוגדרים כיום בדוקטרינה המשפטית כעובדי מדינה צריכים להיות מסווגים מבחינה מהותית כעובדי מדינה. התקשרות וולונטרית ארוכת טווח עם המדינה עשויה להפוך אדם לעובד מדינה באופן הנורמטיבי שעליו מדבר מאמר זה. עם זאת, אני מתקשה לראות כיצד היזם הפרטי של בית הסוהר יכול להיות מסווג מבחינה מהותית כעובד מדינה. יזם זה איננו מוותר על מימוש תכליותיו הפרטיות ואיננו מאמץ את תכליות המדינה. מבחינתו, ההקמה של בית הסוהר היא אמצעי למימוש תכלית פרטית – עשיית רווח. מובן כי גם עובד הציבור מקבל שכר על עבודתו, אולם שכרו מאפשר לו (לפחות כאידאל) להתמסר למימוש של תכליות המדינה. ליזם הפרטי יש קונפליקט פנימי מובנה בין התכלית שלשמה הקים את בית הסוהר לבין תכליותיה של המדינה. קונפליקט זה מסכל את האפשרות לראות ביזם עובד מדינה במובן המהותי שבו מדובר במאמר זה. מסקנה זו איננה תלויה בעובדה שהתכלית הפרטית של היזם במקרה זה היא הפקת רווח. גם אם התכלית הפרטית של היזם תהיה שיקום או הצלת נשמותיהם של החוטאים, אי-אפשר יהיה לראות בו עובד מדינה, באשר הוא מקדם במסגרת תפקידו תכליות פרטיות שאינן בהכרח אלו של המדינה.

המסקנה היא שצדק בית המשפט בקביעה שלפיה כבוד האדם אוסר על הקמה של בתי סוהר פרטיים; יתר על כן: צדקה השופטת פרוקצ'יה כי שורש העניין הוא בטעמים שבגינם היזם פועל. היזם פועל מטעמים פרטיים ועל בסיס שיפוטיות פרטיים; כפי שראינו, הוא איננו יכול לפעול מטעמים ציבוריים. לעומתו, עובד הציבור חייב לפעול מטעמים ציבוריים דווקא – דהיינו: מן הטעם שהמדינה הורתה לו לפעול. צדקן גם השופטים שגרסו כי כבוד האדם הוא הערך הרלוונטי לסוגיה זו. כבוד האדם מסביר את ההבדל המהותי בין אזרח פרטי לעובד ציבור. האזרח הפרטי לא יכול לוותר על השיפוט העצמאי ביחס לצדקת האיסור הפלילי, למידתיות העונש ולדיות הראיות לצורך הרשעה. האזרח הוא אוטונומי ואיננו יכול להאציל את זכותו לבצע שיפוטיות מוסריות מסוג זה. לעומתו, עובד הציבור חייב לפעול באופן עיוור באשר הוא אימץ באופן וולונטרי את

מטרות המדינה. כבודו של עובד הציבור מחייב להכיר בבחירה הוולונטרית הזו של עובד הציבור ולכבדה. מכאן גם נובע כי בניגוד לעונש המבוצע על ידי אזרח, עונש המבוצע על ידי עובד מדינה הוא (כעניין נורמטיבי) עונש שהוטל על ידי המדינה – ורק הטלת עונש כזה מתיישבת עם כבודו של העבריין. למסקנה זו יש השלכות רחבות גם על סוגיות הפרטה אחרות, ויש לקוות כי הן ייבחנו בעתיד בבית המשפט.